

# Travesías

POLÍTICA, CULTURA Y SOCIEDAD EN IBEROAMÉRICA

AÑO I - Nº 1 - JULIO - DICIEMBRE 1996



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA  
SEDE IBEROAMERICANA. LA RABIDA.



## REVISTA

*TRAVESIAS. Política, Cultura y Sociedad en Iberoamérica.*

## DIRECTOR:

Joaquín Herrera Flores (Universidad de Sevilla. España).

## SECRETARIO DE REDACCIÓN:

David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla. España).

## CONSEJO EDITORIAL:

Horacio Cerutti-Guldberg (Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, UNAM, México); Carlos M. Cárcova (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Instituto Brasileño de Estudios Jurídicos, Universidad Federal del Paraná, Brasil); Modesto Saavedra (Universidad de Granada, España); Víctor Moncayo (Facultad de Derecho, Universidad Nacional, Colombia); Benny Pollack (School of Politics and Communication, University of Liverpool, Reino Unido); Alberto Filippi (Univertita degli Studi di Camerino, Roma, Italia); Jose Eduardo Faria (Universidad de São Paulo, Brasil); y Juan Marchena (Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana Santa María de La Rábida, Huelva, España).

## CONSEJO ASESOR:

ARGENTINA: Enrique Mari, Arturo Andrés Roig, Alicia Ruiz, Jorge Douglas, Diego Duquelsky y Juan Pegoraro. BOLIVIA: Julieta Montaña. BRASIL: Theotonio Dos Santos, Amilton Bueno de Carvalho, Edmundo Lima de Arruda Jr., Antonio Carlos Wolkmer, Clemerson Merlin Cleve y Miguel Pressburguer. COLOMBIA: Héctor Moncayo y Germán Palacio. COSTA RICA: Franz Hinkelammert y Eduardo Saxe Fernández. CUBA: Pablo Guadarrama. CHILE: Manuel Jacques y Rodrigo Calderón. EL SALVADOR: Antonio González y Benjamín Cuéllar. ESPAÑA: Antonio Enrique Pérez Luño, Juan Ramón Capella, Ramón Soriano Díaz, Javier de Lucas, Antonio Hermosa Andújar, Juan Antonio Senent de Frutos, Vicente Theotonio, Eloísa Díaz Muñoz, Jesús Muñoz de Priego, Félix Salvador, Sebastián de la Obra y José María Seco. ESTADOS UNIDOS: Ofelia Schutte y Helen I. Safa. FRANCIA: Juan Carlos Garavaglia. MEXICO: Oscar Correas, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Jorge Witker, José Emilio Rolando Cifuentes y Mario Magallón Anaya. PERU: Ernesto de la Jara. PORTUGAL: Boaventura de Sousa Santos. REINO UNIDO: Lewis Taylor. VENEZUELA: Héctor Silva Michelena y Heinz R. Sonntag.

Edita: UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA,  
SEDE IBEROAMERICANA SANTA MARÍA DE LA RÁBIDA

Maquetación e impresión: TECNOGRAPHIC, S.L.

I.S.S.N.: 1136-8780

Depósito Legal: SE-1.692/96

## COMENTARIO AL TEXTO DE MODESTO SAAVEDRA

*Carlos María Cárcova\**

*Travesías* me invita a comentar el texto del Prof. Modesto Saavedra López sobre *"Interpretación Judicial del Derecho y Democracia"*, lo que es para mí un honor y un placer. Conozco el trabajo del autor, desde aquella época -que parece hoy tan lejana- en que junto con Nicolás López Calera y Perfecto Andrés Ibañez, publicó *Sobre el uso alternativo del derecho*<sup>1</sup>, libro que permitió a los lectores de habla hispana asomarse al pensamiento de una importante corriente crítica italiana y abrió camino, en un horizonte aun dominado por el enfoque positivista, para reflexionar acerca de las dimensiones sociales del derecho. Es decir, para pensarlo en su ineludible enlace con la cuestión del poder, de la ideología, de la cultura, etc.

Creo que, en términos generales, coincido con los puntos de vista expuestos por Saavedra López quien, al presentarlos, exhibe su prolija formación, tanto como la fuerza y claridad de sus convicciones democráticas. Sin embargo, un comentario de este tipo, no puede dejar de ser crítico. Lo contrario desilusionaría, seguramente, no sólo a sus lectores eventuales, sino también al propio autor comentado. En consecuencia, expondré, en lo que sigue, los pocos reparos que el texto en análisis me sugiere.

1. Mi primera dificultad se plantea a nivel de la estrategia expositiva con la que

fue elaborado. El autor se propone *"...hablar de la legitimidad de la interpretación judicial del derecho"*, para lo cual, dice, *"...voy a dividir mi intervención en 10 puntos. Los 9 primeros son como las premisas que conducen lógicamente, paso a paso, a una tesis relativa a la crítica jurídica y al uso alternativo del derecho. Más concretamente... a la cuestión de qué tipo de crítica jurídica y de uso alternativo del derecho se pueden permitir los jueces...en el Estado democrático de derecho"*.

En los apartados 1, 2 y siguientes, se van presentando diferentes puntos de vista respecto del fenómeno jurídico y consiguientemente, de los alcances de la tarea interpretativa. El autor los sintetiza de manera precisa y virtualmente neutra, en el sentido de que no pone de manifiesto, al menos de manera explícita, su propia posición respecto de cada uno de estos enfoques. El problema es que ellos distan de ser consistentes. Al contrario, un orden de explicaciones respecto de la función jurisdiccional y sus límites, fundado en premisas de tipo positivista excluye y condena otro fundado, por ejemplo, en premisas de tipo hermenéutico. Como Saavedra describe de manera precisa cada enfoque particular, pero no muestra sus límites, sino a partir de la descripción, también precisa, del enfoque particular subsiguiente, no he conseguido establecer muy claramente, si mis discrepancias con muchas de las premisas de su análisis, son discrepancias que mantengo con él o con los mencionados enfoques particulares que él presenta. En todo caso, me parece que el camino que recorre no es el de la concatenación lógica. Intentaré probar que se manifiestan notorias contradicciones en

\* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires

<sup>1</sup> Fernando Torres Editor, Madrid, 1978.

el iter de premisas que lo conducen a sus propias conclusiones. Quizá Saavedra haya usado la expresión "...*premisas que conducen lógicamente, paso a paso...*", en un sentido metafórico y no estricto y mi costumbre de discutir con colegas de formación analítica, me haya obligado a detenerme en el asunto. Me parece que, en realidad, Saavedra ha trabajado recursivamente, presentando el punto de vista positivista, para luego criticarlo desde una perspectiva dworkiana, para luego introducir en el análisis un enfoque hermenéutico, para luego incorporar el aporte de la teoría de la acción comunicativa, contrastarla con las tesis relativistas de Aulis Aarnio y de los comunitaristas y maridarla, finalmente, con el garantismo constitucional igualitarista de Ferrajoli, a los fines de dar sustento a su propio punto de vista, expuesto, como ha quedado dicho, en el punto 10 y conclusivo, del texto en análisis. Así, su razonamiento no se fundamenta en el vínculo lógico, que no existe, entre cada una de las tesis que analiza, sino en la aceptación o rechazo argumentativo de algunos de los elementos conceptuales que tales tesis vehiculizan. Dicho criterio me parece que ha sido fértil, pero genera algunas perplejidades para el lector, que sólo puede resolverlas al tiempo de conocer las conclusiones finales. Si formulo el precedente reparo a la estrategia expositiva del autor, no es por un capricho estético, sino porque admitir la secuencialidad lógica de aquellas tesis, implicaría tanto como admitir su comensurabilidad, lo que, en muchos casos, nos conduciría a un sinsentido.

2. Formularé a continuación algunas observaciones respecto de cuestiones que son tratadas en los nueve primeros puntos. Sospecho que en relación con ellas mis críticas no alcanzan a Saavedra, sino a determinados aspectos de las tesis que él evoca. Finalmente discreparé, sólo parcialmente, con sus conclusiones del punto 10.

En el punto 1, se sostiene que los jueces aceptan el derecho con un compromiso político-moral acerca de sus contenidos y al hacerlo se convierten en agentes del poder. Ello sería consecuencia de adoptar el "punto de vista interno" del derecho (Hart), admitir el juego que él propone y participar en dicho juego. De esta forma los jueces no podrían eludir sus responsabilidades al juzgar, endosándoselas al legislador.

Siempre me ha parecido compleja la distinción acerca del punto de vista interno y externo del derecho que Hart expusiera y Dworkin, entre otros, retomara. Si con ello se quiere afirmar que el conocimiento de los juristas: jueces, pero también abogados, profesores de derecho, etc. es un conocimiento estilizado y que el desarrollo de nuestra cultura jurídica, a través del proceso de positivación del derecho, supone la existencia de un complejo aparato conceptual, con categorías propias, prácticas especificadas, lenguajes técnicos, formalizaciones, etc. estoy, ciertamente, de acuerdo. Si en cambio, lo que se afirma es que los jueces interpretan la ley a través de operaciones de sentido que les son propias y que ellas están exentas de las influencias que provienen de otros discursos sociales que no son los del derecho, mi opinión es discrepante. Saavedra rescata muchas veces la idea del punto de vista interno, pese a que conecta la práctica interpretativa de los jueces con la aceptabilidad social de los resultados que ella produce, para entenderla como legítima y pese a que admite, también, la vinculación que el círculo hermenéutico fatalmente establece, entre texto e historia, entre texto y contexto. En el punto 6 Saavedra postula la necesidad de *abrir el razonamiento judicial al público en general*, lo que no resulta demasiado compatible con la idea del punto de vista interno.

En mi opinión, los jueces producen, en cada acto interpretativo de trascendencia, una síntesis de sentido que se constituye de manera compleja con elementos del



"adentro" y del "afuera". Con los elementos significativos que provienen de las normas y de las interpretaciones vigentes de la jurisprudencia y de la doctrina, pero que provienen también de las valoraciones sociales, de los estándares culturales, de las ideologías dominantes y de sus propias perspectivas axiológicas. Como sostiene François Ost<sup>2</sup>, el juez de estas épocas se parece más a Hermes, dios modesto y menor, a la vez intérprete y comunicador, que al Hércules dworkiano. Esta imagen de juez y la de derecho que le es correlativa, aparece como un campo de sentido, en el que se relacionan multiplicidad de poderes y de actores con roles diversificados. Hermes no es trascendencia ni inmanencia. Se encuentra entre una y otra (dialécticamente) o en una y en otra (paradojalmente). Hermes remite a la idea de red, a la idea, más actual, de una base de datos. El código que la constituye, dice el autor belga, no está en una causalidad exterior (como la infraestructura económica de la vulgata marxista), sino en la ley de circulación del discurso, que se articula entre la regla (que no es enteramente normativa) y el hecho (que no es enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu.

En cuanto al compromiso político-moral del juez y a su condición de agente del poder, cabe también una matización que, creo, resulta consistente con lo anterior. El poder no es instrumento, sino conflicto, situación estratégica. El juez lo expresa, en consecuencia, conflictivamente, es decir, de manera compleja, histórica, cambiante. Para ser más claro: un juez laboral, de orientación política neoconser-

vadora, que celebra las políticas en boga acerca de la flexibilización del contrato de trabajo y la desregulación de las relaciones obrero-empresariales, porque las cree más adecuadas a las exigencias de la actual etapa del desarrollo capitalista, expresa al poder tanto como su colega de orientación política socialdemocrática, que ve en esas políticas en boga, un grave retroceso histórico, en términos de equidad social y justicia distributiva. Ambos son "agente del poder", pero es probable que sus puntos de vista, en muchas oportunidades, influyan de manera decisiva para que las adjudicaciones que realicen sean diferentes, aunque igualmente válidas. Esto mismo afirma el texto en el primer párrafo del punto 6.

Con todo, puede argumentarse que en un sistema democrático, existe un núcleo de principios, frente a los cuales sus puntos de vista discrepantes deben ceder de manera tal de producir, en relación con ellos y en todos los casos, una interpretación similar. Esto traslada el eje de la discusión al tema de los "principios" sobre el que más adelante volveré. Sin embargo, me adelanto a señalar que no encuentro compatibilidad, entre las ideas de Dworkin y las de Ferrajoli, en torno a dicho tema, la que, en cambio, me parece, afirmaría Saavedra.

3. Es cierto que el juez no puede escapar de su responsabilidad al juzgar, mediante cómodo endoso de aquella al legislador. Pero ello se debe, precisamente, a la circunstancia de que su tarea es forzosamente constitutiva, creadora de sentido y no meramente aplicadora, como Kelsen explicó con claridad y Saavedra subraya, al hacerse eco de las posiciones de Gadamer y las corrientes hermenéuticas. Por eso, las tesis de cuño formalista que el autor expone en el ap. 2 de su texto, resultan hoy por hoy, tan poco convincentes y al tiempo, contradictorias respecto de las que se analizan de seguido. Saavedra lo resalta al mos-

<sup>2</sup> Ost, F. "Júpiter, Hércules y Hermes, tres modelos de juez." *DOXA*, N° 14, Alicante. También Cárcova, Carlos M. "Iusnaturalismo vs. positivismo jurídico: un debate superado", *Rev. de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, Marzo, 1996.

trar que lo que denomina "*tesis positivista de las fuentes sociales del derecho...proporciona la ilusión de que él se encuentra previamente delimitado y definido de tal forma que el juez no tiene más que hallarlo...*" y esas tesis son ilusorias, agrega más adelante apoyándose en Dworkin, por que el derecho es una empresa interpretativa.

4. Para Saavedra, esta empresa interpretativa sintetiza razones de principio con razones formales, razones éticas y políticas, con razones de estricta legalidad. Los principios jurídicos se caracterizarían por su fuerza moral y estarían siempre presentes en cualquier decisión judicial, porque si por un lado el principio de legalidad somete a los jueces a la ley; por el otro, la necesaria fundamentación moral de la decisión jurídica, exige no perder de vista las razones de justicia mediante las cuales la ley ha de convertirse en derecho. Por último, dado que la justicia emana de la soberanía popular, la decisión judicial debe remitirse, en último término, a la voluntad del cuerpo social.(sic).

Las opiniones citadas, en forma casi textual, me parecen muy confusas y creo que ello es consecuencia de la notoria influencia dworkiana que reconocen. Como ha señalado con acierto Luis Prieto Sanchís<sup>3</sup>, la teoría del derecho presentada por Dworkin, termina convirtiéndose en una teoría acerca de una cultura jurídica particular, cuyo objetivo no es describir el sistema de normas y principios, sino justificarlos. Tal justificación se cumple por medio de la búsqueda que realiza el interprete (Juez), de unos valores morales que ni son el producto de una decisión consensuada, ni tampoco los derivados de un cálculo pragmático, sino de una idea de justicia

soportada en la primacía de los derechos básicos, de los derechos humanos, definidos éstos desde la perspectiva liberal-individualista, en que Dworkin se coloca. Los principios así derivados, constituyen un núcleo conceptual rígido, que condiciona la adjudicación (aplicación) normativa y que no es identificable mediante constataciones empíricas, pero que existe objetivamente en la sociedad y en las instituciones. El Juez dworkiano (Hércules), es capaz de encontrar esa moral social difusa e implícita y, al mismo tiempo, la única respuesta posible, la única solución adecuada al caso, mediante el proceso de integridad o integración del derecho, proceso éste que el autor de *Law's Empire*, caracteriza de manera harto insuficiente.

Estas ideas, en mi opinión, resultan antojadizas y, en más de un respecto, peligrosas, precisamente desde una perspectiva democrática. Los valores de una comunidad no son todos coherentes entre sí. La historia ha probado, en un sin número de oportunidades, que se privilegian unos u otros por razones coyunturales, sin que ello implique la pérdida de identidad de esa comunidad. La posición de Dworkin expresa un objetivismo axiológico tan radical que, en realidad, sólo es útil para el modelo que hipotetiza, que ni siquiera es el de las sociedades inglesa o estadounidense, como se pretende. Sobre todo en esta última, diversidad, pluralismo y libertades públicas, han convivido y conviven, con discriminación, segregación e intolerancia, privilegiándose una serie u otra, de manera un tanto circunstancial y espasmódica.

Los derechos humanos, por otro lado, son históricos y mutables; por eso las convenciones internacionales y los pactos celebrados en el marco de la ONU se refieren a los de primera, segunda y tercera generación. Petrificar los contenidos de estos derechos básicos, no sólo es erróneo desde un punto de vista fáctico, es también políticamente reaccionario.

<sup>3</sup> Prieto Sanchís, Luis "Cuatro preguntas a propósito de Dworkin", *Rev. C. Soc. de Valparaíso* N° 38, Año 1994.



Los jueces que Dworkin imagina, afortunadamente no existen. Los reales, suelen construir soluciones jurídicas que, sin ser las únicas posibles, resultan consistentes con los principios fundantes del orden. Claro que esos principios, que coexisten con las normas, no circulan fantasmáticamente por las nubes de Ubeda. En las democracias contemporáneas, adquieren consagración positiva, con el carácter de garantías fundamentales, en constituciones relativamente rígidas. Ciertamente, los jueces despliegan una actividad interpretativa que es constitutiva del derecho, por todas las razones que se repiten desde hace tantos años (la norma es un marco abierto de posibilidades, los lenguajes son vagos y ambiguos, los métodos interpretativos están "cargados", los interpretes no realizan una actividad mecánica ni neutral, etc.). Sin embargo, esa actividad no es solipsística; está situada, contextualizada. Ella opera, sobredeterminada i) por marcos específicos producidos al interior de una subcultura de grupo (la de los jueces y la de los juristas que se refieren a la labor de los jueces y a la aplicación del derecho. Habermas ha llamado a esto, el logos deontológico, por oposición al logos teleológico) y, ii) mucho más fundamentalmente aún, por un conjunto de procedimientos, técnicas, mecanismos argumentativos y criterios de fundamentación, que están positivamente establecidos y que constituyen lo que Ost denomina la "legitimidad procedimental" del derecho. Esos dispositivos representan adquisiciones histórico-positivas de la socialidad que no conviene olvidar, por otra parte, frente al peligro de los desbarres decisionistas, tan frecuentes y amenazadores, en estas horas<sup>4</sup>.

Los principios dworkianos no funcionan sino como condensaciones ideológicas

<sup>4</sup> Me he ocupado más largamente de esta cuestión en el trabajo antes mencionado, algunos de cuyos párrafos transcribo aquí.

de ciertos modelos políticos que en su opinión son los que recogen aceptabilidad y que él identifica con los vigentes en Gran Bretaña o EE.UU., según, por ejemplo, la opinión de Stephen Guest, su colega y biógrafo<sup>5</sup>.

Pero este no es el punto de vista del garantismo. Al contrario, esta corriente sostiene que la actividad creativa de los jueces es una actividad controlada por principios positivos de naturaleza garantista que, en las sociedades democráticas actuales, se encuentran consagrados constitucionalmente. Esa circunstancia le permite hablar a Massimo La Torre<sup>6</sup> de un tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también. Dice en este respecto Luigi Ferrajoli: *"...La sujeción del Juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez, ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del Juez"* (1994). Este no podrá considerar a la ley en forma acrítica o incondicionada, sino someterla a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos fundamentales en ella consagrados. Allí radica, substancialmente, el fundamento de legitimidad de la jurisdic-

<sup>5</sup> Cfr. lo expresa en el Prefacio y Cap. I del libro *Ronald Dworkin* traducidos y publicados en el N° 38 de la Revista antes citada.

<sup>6</sup> La Torre, Massimo "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas, desde una perspectiva europea", *Rev. Centro de Est. Constitucionales* N° 16, Madrid, 1993.

ción. Una legitimación no equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de los derechos fundamentales consagrados. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial -afirma Ferrajoli- están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, a partir de la función atribuida a los jueces, es que éstos ostentan su propia legitimación democrática<sup>7</sup>.

En Ferrajoli hay una primacía del punto de vista externo por sobre el interno, o dicho de otro modo, una primacía del punto de vista ético-político por sobre el punto de vista instrumental del derecho. Es precisamente en esta fundamentación hetero-poética del derecho, separado de la moral en distintas dimensiones de análisis, que el garantismo adquiere sentido filosófico político<sup>8</sup>.

El punto de vista externo -sostiene- se ha introducido en el derecho positivo en las formas del moderno "Estado de Derecho" y en la incorporación a las normas constitucionales de los derechos fundamentales de los ciudadanos como vínculos funcionales que condicionan la validez jurídica de toda la actividad del Estado<sup>9</sup>.

5. En el punto 6 de su trabajo, Saavedra introduce las ideas que vinculan los criterios de legitimidad del derecho con su

construcción procedimental argumentativa. Diré en este respecto, que las tesis habermasianas, me resultan atractivas en tanto pueden ser asumidas modélicamente, esto es, como unas condiciones ideales que servirían para orientar la interacción social y para juzgar valorativamente acerca de la realidad, según su mayor o menor proximidad al modelo. En la medida en que la sociedad deseada, aquella en la que se realizarán las "promesas incumplidas de la democracia", no advendrá como consecuencia de una cierta cualidad inmanente al desarrollo de las leyes de la historia -como el pensamiento determinista supuso durante tanto tiempo- sino que será el producto eventual y azaroso de una construcción humana, habrá que contar con una justificación axiológica que la muestre como ética y políticamente preferible. En ese sentido el aporte de Habermas me parece especialmente importante, sobre todo en la etapa actual de su desarrollo, en la que parece cada vez más desprendido de las influencias de la filosofía de la conciencia, ofreciendo una imagen de la sociedad, descentrada y plural, que carece de instancia central (Estado, comunidad, etc) a la que adscribirle el poder anónimo de la ley, ni un conjunto de actores individuales que determinan el proceso social, sino un *espacio público de la comunicación* en el que interactúan ciudadanos e instituciones asociativas<sup>10</sup>.

Sin embargo, es preciso recordar que tanto Habermas como Apel, han insistido en la necesidad de entender ciertos presupuestos de la teoría como "idealizaciones", y defendido el papel epistémico que ellas cumplen. En este aspecto, creo que Saavedra es un poco más papista que el Papa; que confía con demasiado optimismo, en la idea

<sup>7</sup> Cárcova, Carlos M. "Los Jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada" *Jueces para la Democracia*. Allí desarrollo más ampliamente estas ideas.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 884 y ss. Ed. Trotta, Madrid, 1995.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 905.

<sup>10</sup> Habermas, Jürgen *Merkur* N° 39, pág. 1041 y ss. (citado en Mardones, José M. "Teorías de la legitimación del poder hoy" *Sistema*, 120/1994).



de "aceptación social del resultado" para validar la interpretación judicial, entendiendo tal aceptación como principio trascendental. La operatividad de dicho principio limpiaría *"aquellos elementos más espúeos de la subjetividad judicial. (...) La actividad de búsqueda e interpretación de las normas transcurre como un proceso de argumentación que es dinamizado por los sujetos implicados en el caso, pero en el que indirectamente participa toda la comunidad de sujetos jurídicos (la crítica de los expertos y de la opinión pública forma parte también del proceso de argumentación). (...) Estos mismos requisitos y exigencias (los comunicativos) son pertinentes también en el caso de la legitimidad judicial, en tanto en cuanto el juez está obligado a justificar moralmente sus decisiones. (...) Entonces el referente de la aceptabilidad social de la decisión no queda circunscripto a la sociedad en la que rige el orden jurídico en cuestión, sino que se amplía a toda la sociedad del género humano, por decirlo así, en la que dichas normas morales pretenden valer de manera incondicionada"*.

Entiendo que al razonar como lo hace, Saavedra va más allá de Habermas y produce el mismo "estrechamiento ético", aquí del discurso jurídico, que Habermas le reprocha a los comunitaristas en relación con el discurso político<sup>11</sup>. Y de ello, se siguen dos consecuencias, a mi juicio problemáticas; por una parte, una preterición del papel político del derecho o, dicho de otro modo, del enlace entre derecho y política, poder, ideología etc.; por la otra, una asimilación del derecho y la moral y una identificación de los principios de naturaleza procedimental que son puramente formales, con contenidos concretos determinados y fijados históricamente.

En efecto, en la denominada "aceptabilidad social", hay tanta razón como manipulación, tanto acuerdo como imposición, tanto consentimiento como "normalización" (Foucault). La aceptabilidad social es un fenómeno de naturaleza política en el que coexisten elementos que son propios de la acción comunicativa (reflexivo-racional), como de la acción estratégica (orientada a fines, regida por el interés), según lo señala el mismo Habermas en el texto citado en nota 8. En otro ensayo breve, anticipatorio de muchas de las cuestiones que desarrolló más tarde en *Faktizität und Geltung*, publicado en castellano en *Doxa* Nº 5, bajo el título de *"Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?"* dice este autor: *"...Sin embargo no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que ofrecen las teorías de la justicia para explicar cómo puede entenderse algo desde un punto de vista moral sólo tiene en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la 'validez' de los resultados obtenidos conforme a tales procedimientos."*<sup>12</sup> Agrega, que los procedimientos jurídicos cumplen las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta, porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes que permiten establecer a un no implicado, si una decisión es o no conforme a derecho. Los discursos morales, en cambio, no cumplen esta condición. Y más adelante: *"La administración profesional del derecho fijado por escrito, público y sistemáticamente configurado, exonera a las personas jurídicas privadas de los costos que se exigen al individuo cuando se trata de la solución moral de los conflictos de acción. Finalmente el Derecho positivo debe sus rasgos convencionales a la circunstancia de que es puesto en vigor por las decisiones de un legislador político y de*

<sup>11</sup> Habermas, Jürgen "Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa." *Debats*, Nº 39, Marzo, 1992.

<sup>12</sup> Id. *Doxa* nº 5, P. 40

*que, en principio, es cambiante a voluntad. Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el carácter instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son fines en sí, las normas jurídicas son también medios para objetivos políticos. Pues no sólo sirven, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de los conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos.*" (subrayado mío).

Por fin, la moralidad que se entrelaza con el derecho, es de naturaleza puramente procedimental. Ha perdido todo contenido normativo determinado -dice Habermas- y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos *posibles*. Es de este modo, como un derecho procedimental y una moral procedimental pueden controlarse mutuamente.

6. Algunas consideraciones, para terminar, en relación con las conclusiones de Saavedra. El uso alternativo que los jueces de un estado democrático pueden hacer del derecho, -dice- es un uso democrático. Creo que coincido con ello, aunque no con las estrictas limitaciones positivizadas que el autor comentado impone a dicha idea, que queda, en su inteligencia, ceñida a los límites del art. 9, 2 de la Constitución Española. Pienso que es necesario "advertir contra la ilusión o la mixtificación de que a través de las instituciones jurídico-políticas del Estado capitalista, de que a través de una manipulación desde el *interior* del derecho existente pueda conseguirse la emancipación política, social y económica..."<sup>13</sup>, como pensaba Saavedra hace unos años.

<sup>13</sup> Saavedra, Modesto "Interpretación Jurídica y uso alternativo del derecho", en *Sobre el uso alternativo del Derecho*, op. cit. p. 59.

Porque la "alternativa", se refiere a la posibilidad de que el derecho sirva no sólo para reproducir las condiciones de existencia de una cierta forma histórica de reparto del poder social -rol que sin duda ha cumplido y cumple- sino también para transformarla con sentido progresivo y democratizador. Y, paradójicamente, por ser el derecho un discurso ideológico y al tiempo, un discurso de poder, lo cierto es que cumple ambos papeles. Cuando declara a todos los hombres iguales ante la ley, escamotea y opaca, por una parte, el régimen de sus desigualdades reales pero, por la otra, habilita, instituye el espacio de legitimidad, necesario para el reclamo por la igualdad<sup>14</sup>.

Así entendido, el uso alternativo del derecho no puede quedar limitado por un contenido dado, aun cuando ese contenido haya adquirido rango constitucional. Y ello, porque el sistema democrático se caracteriza, como sostiene Lefort, por no sustancializar el poder y colocar, en cambio, a los hombres y las instituciones en una indeterminación radical<sup>15</sup>. En igual sentido, Ernesto Laclau afirma, que una sociedad es democrática no en la medida en que postula la validez de un cierto tipo de organización social y de ciertos valores frente a otros, sino en la medida en que se niega a dar a su propia organización y a sus propios valores, el estatuto de fundamento definitivo. Hay democracia siempre que exista la posibilidad de un cuestionamiento ilimita-

<sup>14</sup> Cárcova, C.M. "Las Funciones del Derecho" en *Materiales para una teoría crítica del Derecho* Abeledo-Perrot, Bs.As., 1991. Desarrollo allí, con más extensión, la idea de que el derecho cumple una función paradójica.

<sup>15</sup> Lefort, Claude "Democracia y advenimiento de un lugar vacío" en *La invención Democrática*, Nueva Visión, Bs.As. 1990.



do<sup>16</sup>. La democracia es una regla de juego que regula la organización de la vida social, proveyendo criterios y mecanismos para la toma de decisiones, a partir del reconocimiento recíproco de los individuos. Reconocimiento que importa la consagración de ciertos principios (derechos fundamentales) que en un esquema comunicativo son, como sostenía Carlos S. Nino, los prerequisites mismos de la construcción dialógica. Pero todas las decisiones son revisables democráticamente, aun el contenido del art. 9.2 de la Constitución Española.

Esta circunstancia, como dice Laclau, supone un debilitamiento de la validez atribuida a todo valor, pero, en contraprestación amplía el área de los juegos estratégicos y con ello, el campo de la libertad. Por eso, los juristas críticos no tienen como límite para su tarea -y en esto discrepo radicalmente con Saavedra- una determinada Constitución histórica. Su límite, en todo caso, estriba en transformar democráticamente y no por otros medios, ciertos contenidos determinados que han adquirido rango constitucional. Por otra parte, la crítica es desvelamiento, supone la potencialidad del pensamiento y de la reflexión no sólo para explicar el mundo sino también para cambiarlo, según la clásica expresión que Saavedra conoce y con cuyo contenido, seguramente, está de acuerdo.

Con estas constituciones modernas, vigentes en los sistemas de las democracias estables y desarrolladas de Occidente, que han consagrado principios tan radicalmente democráticos como los del art. 3º de la Constitución italiana o el art. 9.2 de la Constitución española, conviven, en esos países y en Gran Bretaña y en EE.UU., Francia y Alemania, para no hablar de las "democracias periféricas", millones de hombres y mujeres cuyos derechos fundamentales no se hayan atendidos, sumidos en el desempleo, la pérdida de identidad, la marginalidad, cuando no la pobreza extrema y sus endemias consiguientes. Y a través de los más cumplidos y pulcros mecanismos democráticos, se han sancionado políticas económicas que rebajan las prestaciones sociales, que hacen de la salud y de la educación unas variables sometidas a las lógicas del mercado, que arrasan con conquistas laborales amasadas a lo largo del siglo. Cómo renunciar a la crítica ¿Cómo proponerle tan pesados límites? La crítica radical de la sociedad de nuestra época, es a mi juicio, la única posibilidad de preservar los valores democráticos que ha formalizado y, al mismo tiempo, de materializarlos. Ello supone también la crítica radical, radicalmente democrática, del derecho y la jurisprudencia de nuestro tiempo.

Termino reiterando el placer que ha representado para mí polemizar con algunas ideas del enjundioso trabajo del Prof. Modesto Saavedra López. Espero que mis reflexiones sean por él recibidas, en clave "comunicativa", que es la de la intención con la que ellas han sido escritas.

<sup>16</sup> Laclau, Ernesto "Hegemonía y estrategia socialista" Londres, 1985. Rep. en Rev. *La Ciudad Futura*, N° 13/14 Bs.As. 1988.